

# De missing link in het debat over unificatie van privaatrecht: het evolutionair perspectief

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2003). De missing link in het debat over unificatie van privaatrecht: het evolutionair perspectief. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 20, 241-246.

## Document status and date:

Published: 01/01/2003

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## **De missing link in het debat over unificatie van privaatrecht: het evolutionair perspectief**

J.M. Smits\*

### **1. Inleiding**

Het huidige debat over de ontwikkeling van een Europees privaatrecht wordt meer en meer gekenmerkt door de overtuiging dat het mogelijk is, op enig moment in de toekomst, de nationale rechtstelsels achter ons te laten en te vervangen door een set van nieuwe 'beginselen' of regels van Europese origine. Deze opvatting kan worden gevonden in de geschriften van individuele auteurs,<sup>1</sup> in de ideologie achter enkele wetenschappelijke projecten gericht op eenmaking van privaatrecht en inmiddels ook in politieke documenten. Zo is bijvoorbeeld de filosofie achter het vervaardigen van beginselen van Europees contractenrecht en achter het zogenaamde 'European civil code project' dat met het opstellen en invoeren van aan de lidstaten gemeenschappelijke beginselen het einde van de rechtsdiversiteit in zicht is.<sup>2</sup> Ook in de Mededeling over Europees verbintenissenrecht, zoals in 2001 opgesteld door de Europese Commissie, is een van de belangrijkste opties voor de toekomst 'het goedkeuren van alomvattende wetgeving op het niveau van de Gemeenschap'.<sup>3</sup> Deze visie is impliciet ook aanwezig in andere geschriften.

In deze bijdrage wordt nagegaan of het inderdaad waarschijnlijk is dat de nationale rechtstelsels zullen worden vervangen door een uniform recht. Dat is op het eerste gezicht een rare vraag: de vraag of dat *waarschijnlijk* is, lijkt immers iets waarover men slechts kan speculeren. Toch kan men trachten de vraag van een antwoord te voorzien, namelijk door een ander perspectief dan gebruikelijk is te hanteren: het evolutionaire. Dat perspectief biedt ons empirisch materiaal over de ontwikkeling van organismen. Ook het recht kan, voortbouwend op andere evolutionaire disciplines dan de biologie, als een dergelijk organisme worden beschouwd, waarmee de lessen van de evolutieer *mutatis mutandis* ter beschikking komen van de jurist. Dit wordt in het navolgende uitgewerkt door eerst kort aandacht te besteden aan de evolutieer in het algemeen (par. 2), aan het recht als organisme (par. 3) en aan wat dat betekent voor het proces van unificatie van recht (par. 4). Ten slotte wordt nog eens terug gekomen op het belang van evolutieer voor het recht.

### **2. Het evolutionaire perspectief**

---

\* Hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Met dank aan Gerrit van Maanen en Jaap Hage voor commentaar bij een eerdere versie. Dit artikel is er een in een serie van drie, gewijd aan het belang van evolutieer voor het recht. Het eerste artikel is Jan Smits, How to predict the differences in uniformity between different areas of a future European private law? An evolutionary approach, in: Alain Marciano & Jean-Michel Josselin (eds.), *The Economics of Harmonizing European Law*, Cheltenham 2002, p. 50 ff. De andere bijdrage, Jan Smits, *The Harmonisation of Private Law in Europe: some Insights from Evolutionary Theory*, verschijnt in 2003 in de special volume in honour of Alan Watson van de *Georgia Journal of International and Comparative Law*.

<sup>1</sup> Zie voor een uitgebreid overzicht van de diverse benaderingen Jan Smits, *The Making of European Private Law*, Antwerp-Oxford-New York 2002, alwaar verdere verwijzingen.

<sup>2</sup> Zie daarover bijv. C. Von Bar, *Le Groupe d'Études sur un Code Civil Européen*, RIDC 2001, 127 en C. Von Bar & O. Lando, *Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, ERPL 2002, pp. 183 v.

<sup>3</sup> Mededeling over Europees verbintenissenrecht van 11 juli 2001, COM (2001) 398 def., ook beschikbaar via [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/cont\\_law\\_02\\_nl.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/cont_law_02_nl.pdf), no. 61 v.

De kern van de klassieke evolutieleer, zoals ontwikkeld door Charles Darwin in zijn beroemde *On the Origin of Species* uit 1859, is dat verandering van soorten organismen (zoals dieren en mensen) plaatsvindt door natuurlijke selectie. De individuele leden van een soort zijn er op gericht om zoveel mogelijk nageslacht te produceren en om dat te kunnen doen, passen zij zich noodzakelijkerwijs aan de veranderende externe omstandigheden aan. De soort die het beste in staat is om dat te doen, zal uiteindelijk met het grootste aantal overleven en soorten die niet in staat zijn om zich aan te passen, sterven uit. In het klassieke Darwinisme kan deze 'struggle for life' slechts ontstaan indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Zo dienen verschillende soorten te bestaan (*variation in species*), dienen deze in verschillende mate in staat te zijn om zich aan te passen aan de veranderende omgeving (*variation in fitness*) en dienen de eigenschappen die de 'fitness' van de soort bepalen erfelijk te zijn.<sup>4</sup>

De gedachte dat ontwikkeling het resultaat is van natuurlijke (spontane) selectie, is vervolgens toegepast op vele andere disciplines dan de biologie. Onder deze disciplines zijn geschiedenis,<sup>5</sup> sociologie<sup>6</sup> en taalwetenschap.<sup>7</sup> Misschien wel de meest bekende toepassingen liggen echter op het terrein van de wetenschapsgeschiedenis (onder meer Popper<sup>8</sup>), politieke theorie (Hayek<sup>9</sup>), ethiek (met zijn sociobiologie<sup>10</sup>), economie<sup>11</sup> en psychologie.<sup>12</sup> Op die laatste twee terreinen, gewijd aan resp. evolutionaire economie en psychologie, bestaan inmiddels heuse subdisciplines, met een uitgebreide eigen literatuur en eigen leerstoelen. Op al deze terreinen wordt de gedachte van een onveranderlijke menselijke natuur of van een welbewuste, vooraf op te leggen, orde verlaten voor de idee van natuurlijke selectie.<sup>13</sup> Het is de spontane ontwikkeling van onder meer sociale en politieke systemen, moraal en economie die door deze disciplines wordt bestudeerd. Het spreekt voor zich dat de zojuist genoemde drie vereisten voor natuurlijke selectie daarbij niet als zodanig kunnen worden toegepast, maar men is er wel in geslaagd om daarvoor equivalenten te vinden die eenzelfde functie vervullen. Ik kom daar nog op terug.

Essentieel in de evolutionaire benadering is dat de zojuist genoemde spontane ontwikkeling van sociale systemen etc. op dezelfde wijze plaatsvindt als in geval van een 'echt' organisme. Dat betekent dat die ontwikkeling afhankelijk is van twee verschillende factoren. Enerzijds is er de externe omgeving waarin het organisme heeft te overleven, anderzijds zijn er de interne kwaliteiten van het organisme. Deze laatste bepalen in geval van dier of mens de mate waarin aanpassing aan de veranderende omgeving daadwerkelijk mogelijk is. Om het in leken termen te zeggen: de evolutie wordt bepaald door *nature* en *nurture*.<sup>14</sup> In de loop der tijd

---

<sup>4</sup> Elliott Sober, *Philosophy of Biology*, Oxford 1993, p. 9.

<sup>5</sup> Zie onder meer David Gary Shaw & Philip Pomper (eds.), *The Return of Science: Evolutionary Ideas and History*, Middletown 1999.

<sup>6</sup> Vgl. Herbert Spencer en zijn 'sociaal-Darwinisme' (*The Study of Sociology* uit 1872-1873).

<sup>7</sup> In de kolommen van het NRC Handelsblad-katern Wetenschap & Onderwijs wordt regelmatig verslag gedaan van het werk van Kortlandt en Van Driem op het terrein van de evolutionaire taalkunde. Zie ook het overzicht bij John Maynard Smith & Eors Szathmary, *The Origins of Life*, Oxford 1999 en John Maynard Smith, *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge 1982.

<sup>8</sup> Karl R. Popper, *Objective Knowledge: an Evolutionary Approach*, revised ed., Oxford 1979.

<sup>9</sup> F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London 1973-1979.

<sup>10</sup> Vooral E.O. Wilson, *Sociobiology: the new Synthesis*, Cambridge 1975 en R. Alexander, *The Biology of Moral Systems*, New York 1987.

<sup>11</sup> Voor een overzicht Geoffrey M. Hodgson *Economics and Evolution*, Cambridge 1993 en dez., *Evolution and Institutions: On Evolutionary Economics and the Evolution of Economics*, Cheltenham 1999. Vgl. Ulrich Witt (ed.), *Evolutionary Economics*, Aldershot 1993.

<sup>12</sup> Henry Plotkin, *Evolution in Mind: an Introduction to Evolutionary Psychology*, London 1979.

<sup>13</sup> Vgl. Sober, o.c., p. 60.

<sup>14</sup> Cf. Smits, *How to predict*, o.c., p. 56, met verdere verwijzingen.

zijn daarbij vele standpunten verdedigd over de mate waarin hetzij *nature* (de genen) hetzij *nurture* (de omgeving) bepalend is voor de ontwikkeling van een organisme.

Zo leek het er enkele jaren geleden nog op dat het debat over wat de belangrijkste determinant is van menselijk gedrag, was gewonnen door de factor *nurture*.<sup>15</sup> Volgens de sinds de jaren '60 heersende politieke overtuiging<sup>16</sup> kon het namelijk niet zo zijn dat het gedrag van de mens in bepalende mate wordt beheerst door diens genetisch materiaal. Dat zou immers in strijd komen met de idee van de maakbaarheid van de samenleving: indien de genen bepalend zijn, is dat een bedreiging van de politieke gedachte dat een ieder 'aangeboren' gelijke kansen heeft. Men volgde daarentegen meer de idee van Jean-Jacques Rousseau dat de mens als onbeschreven blad (*tabula rasa*) wordt geboren en slechts door de omstandigheden waaronder hij opgroeit, wordt bedorven. Wie de mens wil verbeteren, verbetere dus de sociale structuren. De laatste jaren<sup>17</sup> wordt echter weer meer en meer erkend dat bij de mens genetische factoren van minstens even groot belang zijn ter verklaring van gedrag. In zijn recente boek *The Blank Slate: the Modern Denial of Human Nature*<sup>18</sup> beschrijft de Canadese psycholoog Steven Pinker bijvoorbeeld hoe de 'blank slaters' hun idee van gelijke kansen voor iedereen ten onrechte hebben gebaseerd op de biologisch onjuiste gedachte dat alle mensen dezelfde genetische aanleg hebben. Hier ligt nog interessant materiaal voor juristen omdat de gedachte dat mensen van nature goed zijn volgens Pinker een groot deel van onze moraal en van ons juridisch denken beheerst. Inderdaad lijken moderne biologische inzichten de ratio achter met name bepaalde regels van strafrecht onderuit te halen. Hier ligt een mooi onderzoeksterrein op het snijvlak van evolutionaire biologie en recht.

Wat er ook zij van de (soms extreme) denkbeelden van Pinker, zeker is dat het evolutionaire perspectief in veel disciplines nog altijd aan belang wint. De bekende auteur Daniel Dennett heeft Darwins evolutietheorie 'het beste idee ooit' genoemd<sup>19</sup> en er is zelfs beweerd dat de evolutietheorie de enige theorie is die stand heeft gehouden als verklaring voor structurele veranderingen, ongeacht de context waarin deze plaats vinden. Ook de omstreden pleitbezorger van de sociobiologie Edward O. Wilson heeft de biologie in zijn boek *Consilience*<sup>20</sup> verheven tot de moeder aller wetenschappen, die in staat is de meeste andere wetenschappen te verklaren. Als dit het geval is, kan het recht niet achter blijven.

### 3. Evolutie en recht: recht als organisme

Vraag is of ook het recht iets heeft aan inzichten uit de evolutietheorie. Het is mijn stellige overtuiging dat dit het geval is. Dat geldt zowel op het niveau van de inhoud van individuele regels (zie de inzichten van de zojuist aangehaalde Pinker), van de ontwikkeling van deze regels<sup>21</sup> als voor de ontwikkeling van het rechtssysteem als geheel. Het is dit laatste, macroniveau dat mij,

---

<sup>15</sup> Vgl. George van Driem, *Languages of the Himalayas*, Vol. one, Leiden 2001, p. 18.

<sup>16</sup> De Leidse criminoloog Buikhuizen weet hier van mee te praten. Hij moest zijn wetenschappelijke carrière eind jaren '80 beëindigen na een hetze in de kolommen van enkele 'linkse' bladen tegen zijn standpunt dat een verband bestaat tussen erfelijkheid en criminaliteit.

<sup>17</sup> Met als voorloper Wilson, *Sociobiology*, o.c. Wilsons opvatting is heftig bestreden door onder meer de in 2002 overleden Stephen Jay Gould.

<sup>18</sup> London 2002.

<sup>19</sup> Daniel C. Dennett, *Darwin's Dangerous Idea*, London 1995.

<sup>20</sup> New York 1998.

<sup>21</sup> Zo kan het bestaan van 'legal transplants' evolutionair goed worden verklaard vanuit de idee dat rechtsregels zichzelf zoveel mogelijk willen reproduceren. Daarbij passen zij zich aan hun nieuwe omgeving aan omdat dit de beste kans geeft op overleven. Vgl. Smits, *How to predict*, o.c., p. 64. De evolutionair juiste uitdrukking zou hier zijn dat wetgevers en rechters door rechtsregels worden gebruikt om zich mee voort te planten. Rechtsregels zijn daarmee 'memes', culturele equivalenten van genen, geworden (zie voor die uitdrukking Richard Dawkins, *The Blind Watchmaker*, New York 1985, p. 158).

gezien de eerder gestelde vraag over de ontwikkeling van het Europees privaatrecht, in deze bijdrage het meest interesseert.

Dat ook het recht kan worden beschouwd als het produkt van een evolutionair proces is op zichzelf geen nieuwe gedachte – Von Savigny was haar meest bekende vertegenwoordiger<sup>22</sup> – maar opmerkelijk genoeg is zij in de laatste eeuw verdwenen achter een horizon van rechts-theoretische opvattingen waarin de nadruk lag op hetzij recht als afkomstig van een bevoegde autoriteit (kortweg rechtspositivisme), hetzij recht afkomstig van enige transcendente natuur of cultuur (kortweg natuur- of cultuurrecht). Zeker op het terrein van het privaatrecht wordt de gelding van een regel vaak opgehangen aan de keuze van de wetgever<sup>23</sup> of de rechter. Recht als een spontaan gegroeid geheel van regels, bepaald door zowel externe als interne factoren, is hiermee als gezichtspunt bijna geheel verdwenen. Dat is jammer omdat evolutionaire inzichten soms verrassend goed passen bij het recht en, door deze toe te passen, bovendien de band met andere wetenschappen kan worden hersteld. Ietwat gechargeerd gezegd: het kan voor onze kennis over de ontwikkeling van het recht nuttiger zijn om te bezien wat paleontologen en biologen (of evolutionair economen) zeggen dan om te luisteren naar rechtsfilosofen. Ik zal daarvan enkele voorbeelden geven op het terrein van het Europees privaatrecht nadat eerst is ingegaan op hoe ook het recht kan worden beschouwd als een evolutionair organisme.

De drie zojuist genoemde, klassiek Darwiniaanse, voorwaarden voor natuurlijke selectie kunnen ook op het Europees privaatrecht worden toegepast. De *variation in species* bestaat dan uit de diverse nationale rechtsregels die er in Europa zijn om identieke problemen op te lossen. Die regels zijn ontstaan door differentiatie binnen de nationale (sociaal-economische en culturele) omgevingen. Zo kent een maatschappij waarin de onderlinge solidariteit groter is dan elders, een daaraan aangepast recht. Het is geen toeval dat een plicht tot hulpverlening jegens vreemden niet in elk rechtssysteem wordt erkend, zoals een algemene mededelingsplicht in het contractenrecht evenmin overal wordt aangenomen. Ten aanzien van de tweede voorwaarde voor natuurlijke selectie geldt voor regels evenmin als voor organismen dat zij in staat zijn om zich alle even goed aan te passen aan een veranderende omgeving (*variation in fitness*). Veel van de huidige regels die thans in Europa bestaan, zijn het resultaat van een lange ontwikkeling waarin deze zich aanpasten aan een wisselende omgeving. Volgens de evolutieleer moet dit betekenen dat andere regels die ooit bestonden, maar dit aanpassingsvermogen niet bezaten, door natuurlijke selectie zijn uitgestorven. De rechtsgeschiedenis levert ons daarvan diverse voorbeelden, zoals de *laesio enormis* in het contractenrecht, de *gewere* in het goederenrecht en de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw in het familierecht.<sup>24</sup>

De derde voorwaarde, dat de eigenschappen die de *fitness* van de soort bepalen erfelijk zijn, lijkt meer problematisch bij toepassing op het recht omdat rechtsregels zich in letterlijke zin nu eenmaal niet voortplanten. Toch is ook hier een analogie met genen denkbaar. In de evolutionaire economie is bijvoorbeeld geopperd dat *routines* in bedrijven de rol vervullen die genen in organismen hebben. Deze verschaffen het bedrijf een *stable identity*.<sup>25</sup> Zo kan ook de toepassingspraktijk ten aanzien van concrete regels als de ‘genen’ van het rechtssysteem worden beschouwd. Die praktijk wordt beheerst door het nastreven van beginselen als rechtszekerheid, rechts-

<sup>22</sup> Zie voor zijn idee van recht als organisch gegroeid geheel F.C. Von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* [1814], reprint Hildesheim 1967 en *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, p. 290. Zie ook H.J. Sumner Maine, *Ancient Law*, London 1861.

<sup>23</sup> Dit verklaart wellicht ook deels waarom in de Anglo-Amerikaanse discussie het evolutionair perspectief belangrijker is nu daar alomvattende codificaties ontbreken.

<sup>24</sup> Het moge zo zijn dat deze laatste bij wet is opgeheven, maar dat neemt niet weg dat ook dat een proces van evolutie is geweest: grote externe (maatschappelijke) druk tegenover een gering belang dat betrokken was bij handhaving van de regel zelf om reden van onder meer rechtszekerheid.

<sup>25</sup> Nelson & Winter, zoals geciteerd bij Jack J. Vromen, *Evolutionary Economics: Precursors, Paradigmatic Propositions, Puzzles and Prospects*, in: Jan Reijnders (ed.), *Economics and Evolution*, Cheltenham 1997, p. 52. Vgl. Smits, *How to Predict*, o.c., p. 56-57, alwaar een ietwat andere oplossing.

gelijkheid en efficiëntie. Dat impliceert dat het niet eenvoudig is om van die praktijk af te wijken.<sup>26</sup> Indien dat wel lukt, zijn daar altijd belangrijke externe factoren voor aanwezig. Het wijzigen van een wet door de wetgever of het omgaan door de Hoge Raad geschiedt enkel als dat niet te grote consequenties heeft voor de justitiabelen én dat in hoge mate door de maatschappij ('nurture') is geïndiceerd. Wie een rechtsstelsel aldus beschouwt als een organisme, impliceert daarmee dat de rechtsontwikkeling zowel wordt bepaald door de aan de rechtsregels inherente eigenschappen als door de omgeving waarin die regels moeten opereren. De interactie tussen deze twee bepaalt de mate waarin rechtsontwikkeling (en dus verandering van recht) waarschijnlijk is.

Er moet hier nog met nadruk een mogelijk tegenargument worden verworpen. Kan als argument tegen de evolutionaire benadering worden aangevoerd dat deze voor het recht minder goed past omdat recht nu eenmaal een kwestie is van beleid of moraliteit en nu juist niet van spontane ordening? Dat hangt af van het perspectief dat men inneemt. Wie van buitenaf naar de ontwikkeling van een rechtssysteem kijkt, kan de wetten van de evolutieleer wel degelijk trachten toe te passen, zeker op de langere termijn. Enige overweging van moraliteit of van gewenst beleid speelt daarbij geen rol. Evolutietheorie zelf is immers neutraal: zowel overleven als uitsterven van de regel is mogelijk.<sup>27</sup> Anderzijds neemt dit niet weg dat moet worden getracht om het recht waar nodig wel degelijk te sturen. De toekomst is immers niet voorbeschikt. Deze pogingen om het recht te beïnvloeden kunnen wel weer voorwerp van onderzoek zijn vanuit het zojuist genoemde externe perspectief. Wie zich verdiept in evolutietheorie, realiseert zich vervolgens wel dat de macht van juristen of beleidsmakers veel minder groot is dan vaak wordt gedacht.

Is hiermee vastgesteld dat het mogelijk is om de Darwiniaanse vereisten toe te passen op de ontwikkeling van een rechtssysteem, de vraag is wat wij hiermee nu precies opschieten voor het debat over het Europees privaatrecht. In het navolgende bespreek ik daarom, met het oog op dat debat, enkele evolutionaire principes.

#### **4. Evolutie en unificatie van recht: het belang van 'nature'**

De kern van het evolutionair debat wordt gevormd door de vraag in hoeverre de externe omstandigheden ('nurture') of de interne structuur ('nature') van een organisme bepalend is voor diens ontwikkeling. Om het met ietwat gedateerd taalgebruik te zeggen: in hoeverre is de mens, de samenleving of een ander organisme 'maakbaar'? Het antwoord op die vraag hangt, in het geval van de mens, mede af van iemands (politieke) overtuiging. In het marxisme en structuralisme is de mens primair het resultaat van de samenleving, in het Darwinisme is hij daarentegen primair een produkt van biologische invloeden.<sup>28</sup> De evolutieleer gaat nu echter juist verder dan politieke speculatie en pretendeert om wetenschappelijk aan te tonen in hoeverre 'nature' of 'nurture' bepalend zijn voor de ontwikkeling. Hoe werkt dat uit voor het 'organisme' van het Europees privaatrecht?

De in de inleiding genoemde projecten gericht op eenmaking van recht worden mijns inziens gekenmerkt door een te groot geloof in de maakbaarheid van de samenleving. In het debat tussen 'nature' en 'nurture' nemen zij in te grote mate de 'nurture' in aanmerking. Om dit toe te lichten is een nadere analyse van de heersende gedachtengang binnen deze projecten vereist. Doorgaans bestaat de redenering uit drie stappen. De eerste is dat de huidige nationale rechtsstelsels niet geschikt zijn voor de Europese interne markt: die markt vereist gemeenschappelijke regels om de eenvoudige reden dat diversiteit van recht in de weg staat aan grens-

---

<sup>26</sup> Vgl. Vromen, o.c., p. 52. Dit is ook in lijn met evolutionaire speltheorie, die zegt dat *economic agents* vaste, niet te veranderen, strategieën hebben.

<sup>27</sup> Zie ook Mark J. Roe, *Chaos and evolution in law and economics*, 109 *Harvard Law Review* (1996), p. 667.

<sup>28</sup> Vgl. Mieren en mensen; gesprek met Edward O. Wilson, M, bijlage bij NRC Handelsblad van 6 juli 2002, p. 10.

overschrijdende handel en consumententransacties. Dat leidt tot een tweede stap: uniformiteit van privaatrecht kan dit 'gebrek' verhelpen. De derde stap heeft te maken met de wijze waarop dit uniform recht tot stand moet worden gebracht. In de genoemde projecten geschiedt dat door het opstellen van gemeenschappelijke, consistente, beginselen van privaatrecht voor de EG. Impliciet is daarbij de veronderstelling dat de huidige nationale regels historische toevalligheden zijn die kunnen worden 'opgeruimd' nu de nieuwe omgeving een ander soort regels eist. Daarmee wordt impliciet een evolutionair argument gebruikt. In het 'nieuwe Europa' moeten die nationale regels plaats maken voor een meer consistent en uitgebalanceerd Europees privaatrecht.

Maar ook in minder vergaande visies op unificatie is dit vooruitgangsgeloof zichtbaar. Dat beginselen zoals de Principles of European Contract Law vanwege hun inherente kwaliteit of *common core*-karakter door wetgevers, rechters, contractanten en hun advocaten zullen worden gebruikt, is bijvoorbeeld een expliciete doelstelling van de PECL. Dat zij zelfs gaan leiden tot een nieuwe Europese rechtscultuur, is onlangs beweerd door Hesselink. In zijn oratie<sup>29</sup> stelt hij dat wij de tijden van het formalistische toepassen van regels achter ons gaan laten en dat in de toekomst door juristen meer 'substantieel' moet worden geredeneerd. Dat houdt in dat expliciete belangenafwegingen aan de hand van allerhande argumenten moeten worden gemaakt waarbij de bestaande nationale rechtsregels eerder als sta-in-de-weg voor dan als hulpmiddel bij het bereiken van de gewenste uitkomst moeten worden beschouwd.

Deze visies, die in hoge mate worden gekenmerkt door wat een *wenselijke* ontwikkeling is, en die niet worden geschraagd door empirisch materiaal, overschatten naar mijn smaak de invloed van externe omstandigheden op de ontwikkeling van het recht. Dat empirisch materiaal wordt wel verschaft door de evolutionaire benadering. Laat ons eens nagaan welke inzichten daaraan kunnen worden ontleend.

Een eerste evolutionair inzicht is dat de ontwikkeling van een organisme in hoge mate wordt beheerst door diens interne structuur, die is gevormd door veranderingen die in het verleden hebben plaatsgevonden en die nu irreversibel zijn. Deze 'nature' van een organisme is thans vaak een belemmering voor verandering. Zo zal de mens nimmer in staat zijn om de honderd meter in drie seconden te lopen, eenvoudigweg omdat de huidige longen en benen van de mens, gevormd in een natuurlijke omgeving van vroeger waarin snelheid kennelijk niet van groot belang was, hem daartoe niet in staat stellen.<sup>30</sup> De toekomstige ontwikkeling van een organisme wordt daarmee mede bepaald door het pad dat in het verleden is uitgezet.<sup>31</sup> Deze 'path dependence' leidt er toe dat lang niet altijd de beste oplossing evolueert.<sup>32</sup> In de economie is dat niet de meest efficiënte organisatie,<sup>33</sup> in het recht zijn dat niet de beste regels.

Vervanging van de bestaande rechtsregels is hiermee niet slechts een kwestie van welke regel de betere is. Of een oude regel zal evolueren tot een nieuwe, is afhankelijk van de mate waarin juristen bereid zijn om van de bestaande praktijk – die zoals gezegd wordt beheerst door het nastreven van beginselen als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en efficiëntie – af te wijken. Indien de kosten van deze verandering te groot zijn in verhouding tot de eisen die de veranderde externe omgeving stelt, is enige verandering niet waarschijnlijk. Met andere woorden: de externe druk voor verandering van het nationale privaatrecht dient zo hoog te zijn dat deze de kosten van verandering overtreft. Het lijkt hoogst twijfelachtig of dit ten aanzien van het project van een Europees BW ooit het geval zal zijn. In de eerste plaats niet omdat nog altijd niet is aangetoond dat rechtsdiversiteit werkelijk de handel belemmert,<sup>34</sup> in de tweede plaats niet omdat zelfs indien

<sup>29</sup> M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001, p. 72 v.

<sup>30</sup> Zie ook Midas Dekkers, *De larf*, Amsterdam 2002, p. 66 v.

<sup>31</sup> Die veranderingen zijn vaak ook niet logisch, maar berusten op toeval, op 'accidents' die hebben geleid tot een 'eccentric path'. Dit wordt benadrukt door Gould, *Wonderful Life*, New York 1989.

<sup>32</sup> Zie nader Smits, *How to predict*, o.c., p. 60 v.

<sup>33</sup> See Geoffrey M. Hodgson, *Evolution and Institutions*, Cheltenham 1999, p. 204.

<sup>34</sup> Zie ook de reacties op de Mededeling over Europees verbintenissenrecht, o.c., waarover J.M. Smits & R.R.R. Hardy, *De toekomst van het Europees contractenrecht*, WPNR 6513 (2002), p. 827 v.

een bevoegdheid zou bestaan voor het opleggen van een Europees BW daarmee nog niet is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste: het relatief geringe aantal grensoverschrijdende transacties rechtvaardigt geen vervanging van de bestaande regels. Dat de huidige Europeanisering van de markt (de 'omgeving') een 'crisis' is in de evolutionaire zin van het woord (zoals een komeet die de aarde raakt), betwijfel ik dan ook.<sup>35</sup>

Een tweede evolutionaire les handelt over de wijze waarop evolutie plaats vindt. Dat geschiedt niet primair door het plotsklaps uitsterven van een bestaand organisme, maar vooral door aanpassing ('adaptation') van dat organisme. De externe identiteit van een organisme blijft daarbij vaak identiek, terwijl de inhoud verandert. Organismen nestelen zich daartoe in 'niches of viability offered by their environments'.<sup>36</sup> De biologie leert ons bovendien dat aanpassing gewoonlijk richting simpeler organismen gaat, met name indien een homogener wordende omgeving het aantal beschikbare 'niches' vermindert. De ontwikkeling gaat daarentegen in de richting van meer complexe organismen indien er slechts een aantal species is dat zich vermenigvuldigt binnen een nieuwe samenleving met veel nog niet opgevulde 'niches'.<sup>37</sup>

Deze evolutionaire wetten zijn ook in het privaatrecht aan te wijzen. De rechtsgeschiedenis laat zien hoe concepten als contract, onrechtmatige daad en eigendom in naam gelijk blijven, maar met een geheel verschillende inhoud in verschillende perioden. Maar ook op het niveau van individuele regels kan de evolutieleer worden toegepast. De externe omgeving waarbinnen rechtsregels hebben te overleven is meer en meer die van een Europese gemeenschappelijke markt. Deze meer en meer homogene omgeving vermindert inderdaad de ruimte voor specifieke nationale regels. Men behoeft maar te denken aan het nationale mededingingsrecht of het nationale consumentenrecht, waarvoor steeds minder plaats bestaat gezien hun nauwe verwevenheid met de doelstellingen van het EG-Verdrag. Die ontwikkeling gaat onvermijdelijk gepaard met een veralgemenisering van de toepasselijke rechtsregels. Ook wie de beginselen van Europees contractenrecht in de vorm van de PECL bestudeert, ziet een grove simplificering: de beginselen zijn vaak zo algemeen dat men er in de nationale rechtspraktijk maar zelden veel verder mee komt. Hoe specifieker een regel is, hoe minder groot de kans op overleven. Hoe groter de druk van de markt om tot aanpassing van het nationale privaatrecht te komen, hoe belangrijker open normen dan ook zullen worden. Het wekt in dat opzicht ook geen verbazing dat in de reeds uitgevaardigde richtlijnen op het terrein van het privaatrecht een belangrijke rol is toegekend aan bijvoorbeeld 'goede trouw' en 'redelijke verwachtingen'.<sup>38</sup>

De derde les van de evolutieleer is dat evolutie niet noodzakelijkerwijs leidt tot één 'beste' oplossing (of soort), maar tot een evenwicht van fitte en minder fitte oplossingen die constant met elkaar in gevecht zijn om te overleven.<sup>39</sup> In de huidige biologische soortenrijkdom bestaan zowel soorten die bezig zijn uit te sterven als soorten die uiterst succesvol zijn. De panda en de mens zijn er tegelijkertijd. Dat is ook in overeenstemming met de moderne biologie, waarin erkend wordt dat de natuur hele verschillende oplossingen kan hebben voor een en hetzelfde probleem.<sup>40</sup> Trachten om diversiteit te elimineren is in evolutionair opzicht dan ook tot mislukken gedoemd. Ook in het privaatrecht gaat het mijns inziens om het a priori zoveel mogelijk openhouden van alle opties door de competitie tussen alternatieven te stimuleren. Het is niet aan

<sup>35</sup> Als dat wel zo is, past de soort zich snel aan of sterft uit. Vgl. Roe, o.c., p. 663. In Goulds theorie van het onderbroken evenwicht ('punctuated equilibrium') wordt ook benadrukt dat evolutie met schokken gaat.

<sup>36</sup> Sober, o.c., p. 119 ff.

<sup>37</sup> Jack Hirshleifer, *Evolutionary Models in Economics and Law*, reprinted in: Ulrich Witt (ed.), *Evolutionary Economics*, Aldershot 1993, p. 205 ff.

<sup>38</sup> Zie resp. art. 3 Richtlijn 93/13 inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en art. 2 Richtlijn 1999/44 inzake de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

<sup>39</sup> Robert Cooter & Lewis A. Kornhauser, *Can litigation improve the law without the help of judges?*, 9 *Journal of Legal Studies* (1980), p. 139.

<sup>40</sup> Donald E. Elliott, *The evolutionary tradition in jurisprudence*, 85 *Columbia Law Review* (1985), p. 70.



de (Europese) wetgever om keuzes te maken tussen de diverse oplossingen die in Europa bestaan voor één en hetzelfde vraagstuk: die dienen primair te worden gemaakt in de rechtspraktijk. In veel van de huidige projecten gericht op eenmaking van het recht is dit anders: daar trachten groepen van voornamelijk academici om voor de rechtspraktijk de ‘beste’ regels van het Europees privaatrecht te formuleren. De evolutieleer leert echter dat een Europees privaatrecht meer waarschijnlijk tot stand zal komen door natuurlijke selectie van de beste regels voor Europa dan door het centralistisch invoeren van de Europese beginselen van Lando en Von Bar. Onnodig te zeggen<sup>41</sup> dat ik natuurlijke selectie van de beste regels door de markt ook prefereer boven centralistische selectie door enkele auteurs, maar dan begeef ik me op normatief vlak en dat wilde ik nu juist vermijden. Waar het mij om gaat, is nu juist de empirische inzichten van de evolutionaire benadering ter beschikking te stellen van het recht.

## **5. Het belang van een evolutionaire benadering**

Met het bovenstaande is gepoogd om over de vraag naar de waarschijnlijkheid van een uniform Europees privaatrecht niet enkel te speculeren. De evolutieleer blijkt het nodige te zeggen te hebben over de mate waarin verandering van recht mogelijk is. Maar een evolutionaire benadering van het recht biedt meer toepassingen dan enkel op het vlak van het Europees privaatrecht. Het grote voordeel van deze benadering is dat de bron en de aard van het recht niet worden geproblematiseerd. Wat recht is en waar het vandaan komt, is niet objectief vast te stellen, maar wordt bepaald door de markt. Die markt biedt enkel voorlopige oordelen over wat rechtvaardig is op een bepaalde plaats en in een bepaalde tijd. Dat deze benadering goed aansluit bij moderne rechtsvindingstheorieën,<sup>42</sup> behoeft weinig betoog. Zij benadrukt ook het belang van maatschappelijke inbedding van het recht en kan voorspellen in welke mate verandering van recht daadwerkelijk zal plaatsvinden. Nader onderzoek op het grensvlak van recht en evolutieleer is daartoe nodig: het bovenstaande biedt daartoe slechts een eerste aanzet. Maar dat de ontwikkeling van een rechtsstelsel afhangt van zowel diens ‘nature’ als ‘nurture’, is een les die nu reeds kan worden getrokken.

---

<sup>41</sup> Zie eerder mijn *Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel*, NJB 1998, p. 61 v., uitgewerkt in *The Making of European Private Law*, o.c.

<sup>42</sup> Zie bijv. Asser-Vranken, *Algemeen deel*, Zwolle 1995 (vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Een discursieve grootheid*, in: E. van de Griend & B. de Waard (red.), *Rechtsvinding*, Zwolle 1996, p. 115 v.).